

# VU Research Portal

## Private ordehandhaving op voor publiek toegankelijke plaatsen

van Rooij, A.E.

### ***published in***

Van een andere orde. Over private ordehandhaving  
2014

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

van Rooij, A. E. (2014). Private ordehandhaving op voor publiek toegankelijke plaatsen. In J. G. Brouwer, & A. E. Schilder (Eds.), *Van een andere orde. Over private ordehandhaving* (pp. 51-80). Boom Juridische uitgevers.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## **Hoofdstuk 3**

### **Private ordehandhaving op voor publiek toegankelijke plaatsen**

Grondrechtelijke grenzen collectieve winkel- en horecaontzeggingen

A.E. van Rooij

*Collectieve winkel- en horecaontzeggingen zijn voorbeelden van privaatrechtelijk instrumenten waarmee overlast en criminaliteit in het publieke domein worden bestreden. De basis voor dit instrumentarium is gelegen in het privaatrechtelijke gebruiksrecht op de ruimte en de contractsvrijheid van de ondernemer bij het aanbieden van goederen en diensten. Deze bijdrage strekt tot de beantwoording van de vraag in hoeverre ondernemers bij het opleggen van individuele en collectieve toegangsverboden grondrechten en andere publieke belangen dienen te respecteren. Grondrechten en publieke belangen zijn ook van betekenis in de horizontale rechtsverhouding. Om gelijke behandeling te waarborgen dient het beleid inzake de collectieve toegangsverboden voorzienbaar te zijn en consequent te worden uitgevoerd. Over de verwerking van persoonsgegevens dient duidelijke informatie te worden verstrekt; tevens moet de beperking in een juiste verhouding staan tot het doel van overlastbestrijding. Het opleggen van een verbod is maatschappelijk onzorgvuldig indien een geweigerde overlastveroorzaker geen keuzevrijheid heeft om essentiële goederen en diensten ergens anders te verkrijgen.*

#### **1. Inleiding**

Het gebeurt al sinds jaar en dag: de koopman jaagt dieven en ander ongewenst volk weg bij zijn handelswaar en de kroegbaas verwijdt handtastelijke dronkenlappen uit zijn kroeg. In essentie is dit ook wat met een op schrift gestelde winkel- of horecaontzegging (hierna ook aangeduid als: toegangsverbod) wordt beoogd: een verbod voor een persoon om zich gedurende een vastgestelde periode in een nader aangeduide winkel of horecagelegenheid te vertonen. De winkel- en horecaontzegging is te beschouwen als een privaatrechtelijk instrument tegen overlast. De ondernemer als rechthebbende reguleert de toegang tot zijn voor het publiek openstaande zaak en weert notoire overlastgevers om overlast en schade in de toekomst te voorkomen.

Ging het vroeger om een toegangsverbod voor één winkel of één bepaalde horecagelegenheid, sinds een aantal jaren slaan ondernemers de handen ineen en delen zij *collectieve* ontzeggingen uit: de overlastgever is niet langer welkom bij

de samenwerkende ondernemers. Als gevolg hiervan staan de overlastgevers geregistreerd in een door de ondernemers beheerde database als *personae non grata*. De praktijk van collectieve toegangsverboden kan verstrekken gevolgen hebben: in de binnenstad van Den Haag doen ongeveer 450 winkeliers mee.<sup>1</sup> Het effect hiervan is dat de overlastgever wordt geweerd uit een omvangrijk winkelgebied.

Afspraken over de uitvoering van de collectieve winkel- en horecaontzegging worden doorgaans in een convenant vastgelegd, waarbij naast de ondernemers ook de gemeente, het Openbaar Ministerie (OM) en de politie taken op zich nemen.<sup>2</sup> In het kader van een zogenaamd integraal veiligheidsbeleid stemmen publieke en private partijen hun handelingen op elkaar af met als doel de openbare orde en veiligheid te bevorderen.<sup>3</sup>

Deze bijdrage gaat over de grenzen aan de bevoegdheid van de ondernemer bij het opleggen van individuele en collectieve toegangsverboden, die voortvloeien uit het recht op gelijke behandeling, het recht op privacy en het recht op bewegingsvrijheid. Daarnaast kunnen ook andere publieke belangen meewegen in het privaatrechtelijk rechtsverkeer, bijvoorbeeld het belang dat een persoon heeft bij toegang tot bepaalde maatschappelijke goederen en diensten. De vraag is in hoeverre ondernemers in de privaatrechtelijke rechtsverhouding met (potentiële) bezoekers en klanten deze grondrechten en publiek belangen moeten respecteren en welke remedies geweigerde personen kunnen inroepen ter bescherming van hun rechten en belangen.

Voor de beantwoording van deze onderzoeksvragen beschrijf ik in §2 eerst de achtergrond en de werking van de collectieve winkel- en horecaontzeggingen in de praktijk en vervolgens stel ik in §3 de juridische grondslag vast voor het instellen van toegangsverboden. Daarna beoordeel ik in §4 de mogelijke onrechtmatigheid van deze ontzeggingen tegen de achtergrond van hiervoor genoemde grondrechten en de verschillende procedures die strekken tot de rechtsbescherming van de betrokkene. In §5 sluit ik af met enkele conclusies

<sup>1</sup> L. Wesselink, M. Schuilenburg & P. van Calster, 'De Collectieve Winkelontzegging', *Tijdschrift voor Veiligheid* 2009, nr. 1, p. 6-19; M. Schuilenburg & P. van Calster, 'De Collectieve Winkelontzegging: een antwoord van willekeur op overlast', in: H. Boutellier e.a. (red.), *Omstreden ruimte. Over de organisatie van spontaniteit en veiligheid*, Amsterdam: Van Gennep 2009, p. 137-155. Toelichting ondernemersvereniging binnenstad Den Haag, Binnenstad Ondernemers Federatie (BOF): <www.bof-den Haag.nl/cwo>, laatst geraadpleegd 1 februari 2014.

<sup>2</sup> Het aangaan van dergelijke lokale veiligheidsprojecten wordt ondersteund vanuit de Kwaliteitsmeter Veilig Uitgaan, gericht op de horeca, en het Keurmerk Veilig Ondernemen, gericht op de detailhandel. Het opzetten van een project wordt ondersteund door het Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid (CCV).

<sup>3</sup> Zie uitgebreid: <www.ccv.nl>, dossier integraal veiligheidsbeleid, laatst geraadpleegd 1 februari 2014.

over de grenzen aan de collectieve winkel- en horecaontzegging en een aanbeveling tot nader onderzoek.

## **2. Collectieve winkel- en horecaontzegging als instrument tegen overlast**

Collectieve winkel- en horecaontzeggingen zijn in de praktijk ontwikkeld om overlast en criminaliteit op voor het publiek toegankelijke plaatsen te bestrijden. In deze paragraaf beschrijf ik eerst in §2.1 waarom ondernemers ervoor kiezen dit instrument te gebruiken en daarna in §2.2 welke procedure zij in de regel hanteren om collectieve toegangsverboden op te leggen aan overlastgevers.

### ***2.1 Beweegredenen privaatrechtelijke en collectieve toegangsverboden***

Van belang voor de keuze van ondernemers om het privaatrechtelijke toegangsverbod als instrument in te zetten ter voorkoming van overlast en schade, is dat publiekrechtelijke gebiedsverboden niet altijd toepasbaar zijn bij overlast in de horeca, dan wel veel zwaardere toepassingseisen kennen. Publiekrechtelijke gebiedsverboden die de toegang tot de omgeving van winkels en horecagelegenheden verbieden, kunnen worden opgelegd door de burgemeester en de strafrechter, maar met striktere toepassingscriteria dan de privaatrechtelijke toegangsverboden.

De burgemeester kan een gebiedsverbod als licht bevel opleggen op grond van artikel 172 lid 3 Gemeentewet, maar alleen als onmiddellijke reactie op een openbare ordeverstoring. Op grond van artikel 172a Gemeentewet kan een langer gebiedsverbod, van maximaal drie maanden, worden opgelegd, maar uitsluitend na herhaaldelijke openbare ordeverstoringen en indien ernstige vrees voor nieuwe verstoring bestaat.<sup>4</sup> Een bevoegdheid in de algemene plaatselijke verordening biedt de burgemeester vaak nog de ruimste bevoegdheid tot het opleggen van een gebiedsontzegging.<sup>5</sup> Bij overlast in een winkel of horecagelegenheid hoeft echter niet altijd sprake te zijn van een verstoring van de openbare orde voor de handhaving waarvan de burgemeester direct verantwoordelijk is.

De strafrechter kan sinds de invoering van artikel 38v Wetboek van Strafrecht (WvSr) ook een vrijheidsbeperkende maatregel in de vorm van een gebiedsverbod opleggen ter beveiliging van de maatschappij of ter voorkoming

---

<sup>4</sup> Inmiddels is een voorstel tot wijziging aangekondigd om ook bij een *first offender* een gebiedsverbod mogelijk te maken, 'Wijziging van de Gemeentewet en het Wetboek van Strafrecht in verband met de aanscherping van de aanpak van voetbalvandalisme en ernstige overlast', <[www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl)>, bij afronding van deze bijdrage was nog geen kamerstuknummer bekend.

<sup>5</sup> J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Gebiedsontzeggingen in het systeem van het openbare-orde-recht', *JB-plus* 2007, afl. 2, p. 154-167, §2.2.

van strafbare feiten, maar vanzelfsprekend alleen aan personen die veroordeeld worden wegens een relevant strafbare feit. Voor een privaatrechtelijk toegangsverbod hoeft de overlast die aanleiding is voor een winkel- of horecaontzegging niet strafbaar te zijn. Het hinderlijk lastigvallen van andere klanten of personeel is voldoende grond voor het opleggen ervan.

Een andere reden voor privaatrechtelijk optreden is dat de ondernemer zelf tot actie kan overgaan en niet afhankelijk is van de voltooiing van de publiekrechtelijke procedures. Het privaatrechtelijk toegangsverbod heeft direct effect en kan zonder tussenkomst van de burgemeester worden opgelegd. Evenmin hoeft de ondernemer te wachten op een uitspraak van de strafrechter waarin de overlastgever wordt veroordeeld. Met de waarborgen van het strafprocesrecht, zoals de onschuldpresumptie, heeft de particuliere ondernemer bij het opleggen van een privaatrechtelijke ontzegging niet van doen. Hij kan in beginsel direct en ongehinderd door welk procedureel voorschrift dan ook een verbod opleggen op grond van zijn gebruiksrecht.

Het privaatrecht biedt dus een ander soort interventiemogelijkheden dan de publiekrechtelijke instrumenten. Een vervolgvraag is waarom ondernemers bij de uitoefening van hun privaatrechtelijke rechten samenwerkingsverbanden met elkaar aangaan. Een belangrijke reden hiervoor is dat in een eerder stadium schade kan worden voorkomen dan wanneer een ondernemer alleen opereert.<sup>6</sup>

Een toegangsverbod opgelegd aan een specifiek persoon is gericht op het voorkomen van verdere schade. Het gevolg van de collectiviteit is dat een ondernemer die schade heeft geleden de daarvoor verantwoordelijke overlastgever de toegang kan ontzeggen voor de zaken van alle deelnemende ondernemers, ook al hebben die andere ondernemers nog geen schade geleden. Het collectieve toegangsverbod wordt gezien als een voorzorgsmaatregel die als doel heeft een mogelijk nog niet bewezen probleem te voorkomen.<sup>7</sup> Aan de overlastgever wordt de toegang ontzegd tot winkels of horecagelegenheden waar hij mogelijk nog nooit één voet over de drempel heeft gezet.

Uit evaluaties blijkt bovendien dat ondernemers mee willen doen met een lokaal samenwerkingsverband waarbij naast andere ondernemers ook de overheid betrokken is, omdat zij geloven dat van een gezamenlijk beleid een

<sup>6</sup> Wesselink, Schuilenburg & Van Calster, *supra* noot 1, p. 69. Andere motieven die zij noemen zijn lagere kosten wegens de gezamenlijke inkoop van particuliere beveiliging en mogelijke korting op verzekeringspremie, al is dat laatste in Den Haag nooit toegekend volgens de ondernemersvereniging. Ook het Hoofdbedrijfschap Detailhandel stelt dat het keurmerk veilig ondernemen, waar de collectieve winkelontzegging onderdeel van uitmaakt, niet leidt tot lagere verzekeringspremie, <[www.hbd.nl](http://www.hbd.nl)>, onderwerp veilig winkelgebied, laatst geraadpleegd 1 februari 2014.

<sup>7</sup> Wesselink, Schuilenburg & Van Calster, *supra* noot 1, p. 65 met verwijzing naar R. Pieterman, *De voorzorgcultuur. Streven naar veiligheid in een wereld vol risico en onzekerheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 40.

preventieve werking uitgaat.<sup>8</sup> In het onderliggende convenant zegt de politie namelijk in het kader van een integraal veiligheidsbeleid toe bijstand te verlenen bij de oplegging van de ontzegging door de ondernemers. De betrokkenheid van de politie heeft de nodige toegevoegde waarde, bijvoorbeeld bij het achterhalen van de identiteit van de overlastgever. Een overlastgever mag weigeren een particuliere ondernemer inzage in zijn identiteitsbewijs te geven, maar als de politie inzage vordert, bestaat op grond van artikel 2 Wet op de Identificatieplicht wel een medewerkingsplicht. Uit onderzoek naar het succes van een integraal veiligheidsbeleid blijkt bovendien dat gerichte inzet van agenten in probleemgebieden en strenge handhaving door de politie een gunstig effect hebben op het veiligheidsgevoel van burgers en ondernemers.<sup>9</sup> De betrokkenheid van de overheid is evenzeer een reden voor ondernemers om mee te doen met de collectieve winkel- of horecaontzegging.

## **2.2 Procedure tot oplegging collectieve winkel- en horecaontzegging**

In deze paragraaf beschrijf ik de procedure zoals die in de modelprotocollen van het Hoofdbedrijf Detailhandel (HBD) en de Koninklijke Horeca Nederland (KHN) wordt aanbevolen aan ondernemers bij het opleggen van collectieve winkel- en horecaontzeggingen.<sup>10</sup> Bij een collectieve ontzegging zijn veel partijen betrokken; individuele ondernemers, hun belangenbehartiger, de beheerder van de gegevens over reeds uitgereikte ontzeggingen, de gemeente, het OM en de politie.

De ondernemer of zijn personeel kan in actie komen als een bezoeker overlast in de winkel of horecagelegenheid veroorzaakt. Onder overlast vallen volgens het modelprotocol winkelverbod onder meer: verbaal geweld, lastigvallen van personeel en/of klanten of ander gedrag dat duidelijk (volgens algemeen geldende moraal) niet in een winkel of winkelgebied thuishoort.<sup>11</sup> Daarbij staat vermeld dat – naast ernstige misstanden – ook gedrag waar

<sup>8</sup> Zie bijvoorbeeld KHN Nederland, afdeling Utrecht, *Evaluatie Werkwijze Collectieve Horeca Ontzeggingen Binnenstad Utrecht*, <www.hetccv.nl>, dossier uitgaansgeweld, p. 6, laatst geraadpleegd 1 februari 2014.

<sup>9</sup> S.R.E. Gosepa, A. Schreijenbergh & G.H.J. Homburg, *Kwaliteitsmeter veilig uitgaan: kennis over effectiviteit*, Amsterdam: Regioplan 2011, publicatienummer 2070, p. 17, met verwijzing naar B. Vollaard, *Evaluating the push for tougher, more targeted policing in the Netherlands. Evidence from a citizen survey*, Den Haag: Centraal Planbureau 2006. Zie ook: J. Terpstra, 'Nodale sturing van veiligheid en lokale veiligheidsnetwerken', *Justitiële verkenningen* 2009, nr. 1, p. 118-121. Terpstra bespreekt vooral de betrokkenheid van de wijkagent als factor voor succes bij publiek-private samenwerking m.b.t. veiligheid.

<sup>10</sup> De modelprotocollen zijn conform artikel 27 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) voorgelegd aan en getoetst door het College bescherming persoonsgegevens (CBP), [www.cbpreweb.nl](http://www.cbpreweb.nl), themadossier zwarte lijsten. Op lokaal niveau kan worden afgeweken van het model. HBD en KHN raden aan bij afwijking het convenant alsnog ter controle aan het CBP voor te leggen.

<sup>11</sup> Artikel 2 modelprotocol collectief winkelverbod.

ondernemers, medewerkers of bezoekers zich aan storen als overlast gezien kan worden. Criteria als ‘de algemeen geldende moraal’ en ‘gedrag waar anderen zich aan storen’, zijn mijns inziens wel erg vaag waardoor de voorzienbaarheid – de eis dat burgers moeten weten waaraan ze toe zijn – wel in het gedrang kan komen. Weliswaar bevat het modelprotocol horecaontzegging een uitgebreide lijst van gedragingen,<sup>12</sup> maar dit zijn slechts aanbevelingen; de ondernemer behoudt de vrijheid om voor ander overlastgevend gedrag een ontzegging op te leggen.

Indien de ondernemer besluit een overlastgever aan te spreken op zijn gedrag, belt hij volgens de procedure altijd de politie voor assistentie. Voor zover de betrokkene zich nog niet bekend heeft gemaakt, kan de politie inzage in het identiteitsbewijs van de betrokkene vorderen. Als de ondernemer besluit een ontzegging op te leggen, beslist hij zelf over de duur. In het modelprotocol collectief winkelverbod is de richtlijn één jaar, tenzij zich verlichtende of verzwarende omstandigheden voordoen.<sup>13</sup> Het modelprotocol collectieve horecaontzegging bevat zagezegd een uitgebreide lijst van specifieke gedragingen met de duur van de ontzegging die daarop staat.<sup>14</sup> Zo staat op het ergerlijk lastigvallen van de horecaondernemer of zijn personeel een ontzegging van drie maanden, terwijl zware mishandeling een ontzegging van twaalf maanden oplevert. Overtreding van een reeds opgelegde ontzegging leidt tot een nieuwe langduriger ontzegging, uiteindelijk oplopend tot vijf jaar.

De ondernemer reikt de ontzegging op schrift uit aan de overlastgever. Indien dat niet mogelijk is, dan zendt hij de ontzegging per aangetekende post toe.<sup>15</sup> De gegevens van de betrokkene worden door de ondernemer, met aanvulling door de politie, doorgegeven aan de beheerder van de database. Het gaat om de naam-, adres-, en woonplaatsgegevens (NAW-gegevens) en foto’s of ander beeldmateriaal. De database speelt een belangrijke rol in de handhaving van de ontzegging. Andere ondernemers en hun beveiligingspersoneel kunnen in de database zien aan welke personen de toegang moet worden geweigerd. Indien een persoon met een ontzegging toch in de zaak komt, kan de ondernemer aangifte doen van huisvredebreuk, zoals strafbaar gesteld in artikel 138 WvSr.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Modelprotocol collectieve horecaontzegging, p. 7-8.

<sup>13</sup> Artikel 3.4 modelprotocol collectief winkelverbod noemt als voorbeeld van een verlichtende omstandigheid een jong kind dat onopgemerkt door de moeder een rolletje drop meeneemt.

<sup>14</sup> Modelprotocol collectieve horecaontzegging, p. 7-8.

<sup>15</sup> Artikel 3.3 modelprotocol collectief winkelverbod en modelprotocol collectieve horecaontzegging, p. 5.

<sup>16</sup> Artikel 3.6 modelprotocol collectief winkelverbod en modelprotocol collectieve horecaontzegging, p. 4-5.

### 3. Juridische grondslag voor privaatrechtelijke toegangsverboden

In deze paragraaf ga ik in op de juridische grondslag voor een verbod van toegang tot winkels en horecagelegenheden. Eerst zal ik in §3.1 het bijzondere karakter van voor het publiek toegankelijke plaatsen toelichten en de ruimte die het gemeentelijk openbare-orderecht ondernemers laat om zelf regels te stellen en te handhaven over orde in hun zaak. Zowel het zakelijke gebruiksrecht op de ruimte, ook wel het huisrecht genoemd, als het contract zijn rechtsfiguren op grond waarvan regels van orde kunnen worden gesteld waaraan derden zich dienen te houden en sancties op overtreding daarvan. In §3.2 bespreek ik het huisrecht als grondslag en ten slotte ga ik in §3.3 in op de contractsvrijheid.

#### 3.1 Karakter voor het publiek toegankelijke plaatsen

Winkels en horecagelegenheden zijn voor het publiek toegankelijke plaatsen; dat zijn gebouwen of ruimten met een bepaalde bestemming of functie waarvan de toegang openstaat voor een ieder die er conform de bestemming (of functie) gebruik van wil maken.<sup>17</sup> Zo is de functie van winkels kort gezegd gelegen in het aanbieden van goederen en die van horecagelegenheden in het aanbieden van voedsel, drank en vermaak. Von Hirsch en Shearing noemen dit *social resources*, omdat het gaat om goederen en diensten die van belang zijn voor de kwaliteit van het sociale leven van burgers.<sup>18</sup> Winkeliers en horecaondernemers springen in op een maatschappelijke behoefte en proberen met hun ondernemingsactiviteiten inkomen te genereren.

Voor het publiek toegankelijke plaatsen maken zodoende deel uit van het sociale leven en dragen bij aan de zelfontplooiing van burgers buiten hun eigen private domein van de woning.<sup>19</sup> Andere voorbeelden van voor het publiek toegankelijke plaatsen zijn musea, voetbalstadions, zwembaden en onderwijsinstellingen als universiteiten. Deze voor het publiek toegankelijke plaatsen onderscheiden zich van openbare plaatsen doordat de toegang tot de laatste in tegenstelling tot de eerste niet functie gebonden is. Voorbeelden van openbare plaatsen zijn openbare wegen, openbare wateren en openbare groenvoorzieningen zoals parken en plantsoenen.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> In de zin van artikel 174 Gemeentewet, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 732, nr. 3, p. 4-5; zie over de indeling van plaatsen ook hoofdstuk 1.

<sup>18</sup> A. von Hirsch & C. Shearing, 'Exclusion from Public Space', in: A. von Hirsch, D. Garland & A. Wakefield, *Ethical and Social Perspectives in Situational Crime Prevention*, Oxford: Hart Publishing 2002, p. 83-84.

<sup>19</sup> Von Hirsch & Shearing 2002, p. 83-85.

<sup>20</sup> L.D. Ruigrok, *Onmiddellijke handhaving van de openbare orde of bestuursdwang. Het bevel en de last in historisch en rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 232-237. Zie eerder: B.M.J. van der Meulen, *Ordehandhaving. Actoren, instrumenten en waarborgen* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 1993, p. 22-26.



Op een voor het publiek toegankelijke plaats mag dus een ieder komen en verblijven zolang zijn aanwezigheid strookt met het doel waarvoor deze plaatsen voor een ieder toegankelijk zijn. Dat neemt niet weg dat voor de toegang nadere voorwaarden worden gesteld. In sommige gevallen is er toegangsprijs, dan heeft een ieder weliswaar toegang tot die plaats, maar moet er een kaartje worden gekocht. Andere voorbeelden van toegangsvoorwaarden zijn een lidmaatschap, minimum leeftijd of kledingvoorschriften. Hoewel de toegang dan enkel voor een beperkte groep bezoekers openstaat, is die plaats nog steeds voor het publiek toegankelijk als de groep die toegang kan verkrijgen een onbepaald aantal betreft.<sup>21</sup> De specifieke omstandigheden van het geval bepalen of door de gestelde voorwaarden een voor het publiek toegankelijke plaats van karakter verandert en als een besloten plaats moet worden beschouwd. Het gaat daarbij niet om formele criteria, zoals de aanduiding op de gevel of lidmaatschap, maar om de feitelijke situatie van hoe de betreffende plaats overwegend wordt geëxploiteerd.<sup>22</sup>

De burgemeester is – anders dan op openbare plaatsen – niet de eerst verantwoordelijke voor de handhaving van de openbare orde op voor het publiek toegankelijke plaatsen. Op grond van artikel 174 Gemeentewet is hij slechts belast met het toezicht op die plaats. Gaat het fout en wordt de openbare orde verstoord, dan kan de burgemeester bevelen geven ‘met het oog op de veiligheid en gezondheid’, maar in eerste instantie is de eigenaar van of anderszins rechthebbende op een voor het publiek toegankelijke plaats verantwoordelijk voor de handhaving van de orde aldaar. Hierbij kan het gaan een horecaondernemer of winkelier, maar ook om een voetbalvereniging of de rechtspersoon gemeente, om er maar enkele te noemen. De rechthebbende kan nadere regels stellen voor de toegang en het gebruik van zijn zaak.<sup>23</sup> Toegangsverboden zijn voorbeelden van maatregelen die de rechthebbende kan treffen om overlast buiten de deur te houden. Daarbij maakt de ondernemer gebruik van zijn huisrecht of contractsvrijheid.

### **3.2 Huisrecht als basis voor toegangsverbod**

De rechthebbende op een voor het publiek toegankelijke plaats is in beginsel zelf verantwoordelijk voor de orde in zijn zaak. Daarbij staat hij in een privaatrechtelijke relatie tot zijn (potentiële) klanten. Een eerste grondslag voor

<sup>21</sup> Ruigrok, *supra* noot 20, p. 234.

<sup>22</sup> Van der Meulen, *supra* noot 20, p. 25, met verwijzing naar HR 17 juni 1912, *Gst.* 1912, nr. 3190, p. 2. Zie ook: HR 24 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1472, *NJ* 2009, 170, waarin de HR bevestigt dat de vraag of een plaats voor het publiek toegankelijk is (in de zin van de Wet op de Kansspelen), moet worden bewezen aan de hand van de feitelijke omstandigheden van het geval.

<sup>23</sup> HR 18 mei 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO2599, *NJ* 2004, 527 en HR 12 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4260, *NJ* 2004, 662 (*Zweetvoetenman*).

de weigering toegang te verlenen is gelegen in het huisrecht, het gebruiksrecht dat hij als absoluut of relatief gerechtigde op de ruimte heeft. Dit gebruiksrecht volgt primair uit het eigendomsrecht; artikel 5:1 Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat eigendom het meest omvattende recht is dat een persoon op een zaak kan hebben. In het tweede lid wordt vastgesteld dat het gebruiksrecht exclusief is: 'Het staat de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken (...).' Exclusiviteit brengt mee dat de eigenaar ten aanzien van het gebruik van zijn zaak anderen kan uitsluiten.<sup>24</sup> De eigenaar kan dat zonder motief doen, omdat de bevoegdheden van eigendom de rechthebbende niet met een bepaald doel toekomen.<sup>25</sup> Uit de exclusiviteit vloeit bovendien voort dat de rechthebbende kan bepalen onder welke omstandigheden derden zijn zaak mogen gebruiken. Toegangsvoorwaarden en huisregels zijn zodoende ook gebaseerd op het huisrecht.<sup>26</sup>

Exclusiviteit van het gebruiksrecht wordt vervolgens mede overgedragen bij het bezwaren van het eigendomsrecht met een beperkt recht,<sup>27</sup> zoals het recht van opstal, appartementsrecht of het recht van erfpacht. Ook kan de eigenaar het gebruikersgenot van zijn onroerende zaak door middel van een overeenkomst aan een ander verlenen, bijvoorbeeld via huur of pacht. Die ander wordt daarmee relatief gerechtigde.<sup>28</sup> Het relatieve karakter neemt niet weg dat de rechthebbende inbreuken op het gebruikersgenot door derden mag afweren, vergelijkbaar met de exclusieve werking van het moederrecht waarvan het relatieve recht is afgeleid.<sup>29</sup>

Bij het uitreiken van een toegangsverbod geeft de ondernemer als rechthebbende te kennen dat zijn ruimte gesloten is voor specifieke personen. Het alsnog binnentreden en daar wederrechtelijk vertoeven is huisvredebreuk in de zin van artikel 138 WvSr.<sup>30</sup> Van wederrechtelijkheid is sprake als een persoon zich in de ruimte bevindt tegen de onmiskenbare wil van de

---

<sup>24</sup> Ook wel de exclusiviteitsregel genoemd. GS *Zakelijke rechten*, regeling Boek 5 BW, aant. 45. Zie ook: A.F. Salomons, 'Exclusiviteit van eigendom: hoeveel solidariteit kan van een eigenaar verwacht worden?', in: M.W. Hesselink, E. Du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 152-168.

<sup>25</sup> Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/46.

<sup>26</sup> Hier is wel samenloop met het contractenrecht, want dergelijke voorschriften kunnen ook gekwalificeerd worden als algemene voorwaarden, bijvoorbeeld Hof Arnhem/Leeuwarden 12 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ1719, JA 2013, 61. Zie ook I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 231.

<sup>27</sup> Artikel 3:8 BW. Zie ook: Pitlo/Gerver e.a., *Het systeem van het Nederlandse privaatrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995, nr. 50.

<sup>28</sup> Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/22 en 29.

<sup>29</sup> Pitlo/Gerver e.a., *supra* noot 27, nr. 28-29. Het moederrecht kan een eigendomsrecht of een beperkt recht zijn.

<sup>30</sup> Noyon/Langemeijer & Rammelink, *Wetboek van Strafrecht*, Artikel 138 Sr, aant. 7.

rechthebbende.<sup>31</sup> De op schrift uitgereikte winkel- en horecaontzeggingen, ondertekend door de overlastgever, worden door de rechter aanvaard als bewijs dat een bepaalde persoon op de hoogte is van de wederrechtelijkheid van nieuw binnentreden.<sup>32</sup> De strafbaarstelling en vervolging wegens huisvredebreuk is een manier om het exclusieve gebruiksgenot van de rechthebbende op een ruimte te waarborgen.

De rechthebbende kan dus in beginsel exclusief gebruikmaken van zijn zaak en is met uitsluiting van anderen gerechtigd te beslissen over het gebruik door anderen. Artikel 5:1 lid 2 BW geeft wel de grenzen aan van deze exclusiviteit: ‘mits dit gebruik niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen.’<sup>33</sup> Het overschrijden van deze grenzen van artikel 5:1 lid 2 BW kan een onrechtmatige daad opleveren in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW.<sup>34</sup>

Rechten van anderen zijn zowel privaatrechtelijke absolute en relatieve gebruiksrechten die ten aanzien van die zaak bestaan, maar ook subjectieve *publieke* persoonlijkheidsrechten, zoals lichamelijke en geestelijke integriteit, de eerbiediging van vrijheid van meningsuiting, gelijke behandeling en persoonlijke levenssfeer.<sup>35</sup> Daarnaast kan weigering in strijd zijn met de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.<sup>36</sup> Ik meen dat het in beginsel publieke karakter van de verboden plaats en het individuele belang van de betrokkene bij de toetsing aan de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm zeker een rol spelen, zie verder paragraaf 4.

<sup>31</sup> HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM5282, *NJ* 2010, 426; HR 30 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0940, *NJ* 2013, 543 m.nt. P.A.M. Mevis; HR 19 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW8685, *NJ* 2012, 400. Noyon/Langemeijer & Remmelink, *Wetboek van Strafrecht*, Artikel 138 Sr, aant. 23.

<sup>32</sup> HR 22 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO8001, *NJ* 2011, 105; Rb. Zutphen 21 juni 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BQ8711. Zie ook: ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2473.

<sup>33</sup> Ook is het mogelijk dat bij uitsluiting misbruik van bevoegdheid wordt gemaakt, geregeld in artikel 3:13 BW, bijvoorbeeld als de uitoefening van het gebruiksrecht geen ander doel heeft dan een ander te schaden of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen, HR 13 maart 1936, *NJ* 1936, 415 (*Watertoren*). Asser/Mijnssen, Davids & Van Velten, 3-II, nr. 51 e.v.

<sup>34</sup> Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/22-23 en 47. Het belang van de rechthebbende bij de uitoefening van zijn recht moet echter wel een zwaar gewicht worden toegekend. HR 10 augustus 1984, *NJ* 1985, 229.

<sup>35</sup> A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 200.

<sup>36</sup> T-M bij artikel 5:1 lid 2, p. 19 e.v. GS, Zakelijke rechten, regeling Boek 5 BW, aant. 57: de formulering van de T-M sluit aan bij de omschrijving van de onrechtmatige daad als gegeven in HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161, W 10 365 (Lindenbaum/Cohen) en overgenomen in artikel 6:162 BW.

### 3.3 *Contractsvrijheid als basis voor toegangsverbod*

Naast de exclusiviteit van het gebruiksrecht kan de contractsvrijheid de basis zijn voor de ontzegging van de toegang. Een contract of overeenkomst komt volgens artikel 6:217 jo. 3:33 BW tot stand door overeenstemming van twee wilsverklaringen: een aanbod en de aanvaarding daarvan en is zodoende een meerzijdige rechtshandeling. Als een ondernemer de toegang aanbiedt onder de voorwaarde dat een bepaalde entreprijs wordt betaald, dan kan de betaling worden beschouwd als de aanvaarding daarvan en is een contract tot stand gekomen. Partijen beogen met hun handelingen rechtsgevolg tot stand te brengen: het verkrijgen en verschaffen van toegang en het betalen en innen van de prijs.<sup>37</sup>

Bij toegang tot winkels en horecagelegenheden waarbij *geen* toegangsbewijs aangeschaft wordt, is het de vraag of en wanneer een overeenkomst tot stand komt. Of sprake is (geweest) van overeenstemmende wilsverklaringen moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval; wat hebben partijen in het concrete geval over en weer verklaard, hoe hebben zij zich gedragen en wat mochten zij redelijkerwijs afleiden uit elkaars verklaringen en gedragingen.<sup>38</sup>

De omstandigheden van het geval zijn ook bepalend voor de kwalificatie van een wilsverklaring als een aanbod in de zin van artikel 6:217 BW. Een eerste belangrijk kenmerk is dat het voorstel voldoende bepaald is en duidelijkheid geeft over de beoogde rechtsgevolgen van de overeenkomst, zodat met een enkel 'ja' als aanvaarding een overeenkomst tot stand kan komen.<sup>39</sup> Een tweede kenmerk van een aanbod is dat het voorstel gericht is tot de beoogde wederpartij.<sup>40</sup> Als een aanbod tot een ieder is gericht en de hoedanigheid van de wederpartij is in beginsel niet van belang, dan is het te beschouwen als openbaar aanbod.<sup>41</sup> Bij winkels en horecagelegenheden is sprake van openbaar aanbod, dat volgt immers uit het voor publiek toegankelijke karakter van die plaatsen.

---

<sup>37</sup> De prestatie moet wel een vermogensrechtelijk karakter hebben, artikel 3:6 BW.

<sup>38</sup> HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241, m.nt. Scholten (*Bunde/Erckens*).

<sup>39</sup> J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 57. Aanvaarding hoeft niet een enkele bevestiging te zijn en kan ook aanvullende voorwaarden bevatten, maar als de wilsverklaring tot aanvaarding op essentiële punten afwijkt van het aanbod, moet het worden beschouwd als een nieuw aanbod, artikel 6:225 lid 2 BW.

<sup>40</sup> Hijma e.a., *supra* noot 39, nr. 57.

<sup>41</sup> Hijma e.a., *supra* noot 39, nr. 58, zie ook: Houben, *supra* noot 26, p. 236-237. In de omstandigheid dat de individuele persoon van de wederpartij wel van essentieel belang is voor het beoogde rechtsgevolg, zoals bij de verkoop van een woning, zou een openbaar gedaan voorstel eerder te kwalificeren zijn als een uitnodiging tot onderhandeling dan openbaar aanbod, HR 10 april 1981, *NJ* 1981, 532, m.nt. CJHB (*Hofland/Hennis*).

Aanvaarding is vervolgens de wilsverklaring waaruit acceptatie van een geldig (openbaar) aanbod blijkt.<sup>42</sup> Aanvaarding kan zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend gebeuren.<sup>43</sup> Het gaat er ook bij de aanvaarding om wat partijen in het concrete geval redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Zo noemt Hijma de klant die bij een zelfbedieningspomp zwijgend begint met tanken als een voorbeeld van een geldige aanvaarding van het aanbod en de daarbij verklaarde voorwaarden.<sup>44</sup>

Bij de aankoop van een product in een winkel komt duidelijk een koopovereenkomst tot stand, maar de vraag is of in de fase die daaraan vooraf gaat, het betreden van de winkel, ook al sprake kan zijn van een contractuele relatie tussen de winkelier en de potentiële klant. Houben meent dat de toegang tot de winkel zich bevindt in de precontractuele fase, aangezien het de bezoeker vrij staat om de winkel te verlaten zonder een aankoop te doen. De weigering om toegang te verlenen is in die zin dus de weigering van de mogelijkheid een overeenkomst aan te gaan.<sup>45</sup>

Naar mijn mening kan onder omstandigheden in het concrete geval uit verklaringen of gedragingen van partijen worden afgeleid dat partijen gezamenlijk een bepaald rechtsgevolg hebben beoogd en dat daarmee een contract tot stand is gekomen. Als bijvoorbeeld bij de ingang van een winkel duidelijk zichtbaar is vermeld dat de inhoud van tassen kan worden gecontroleerd, dan aanvaarden bezoekers – stilzwijgend – bij het binnengaan van die winkel deze voorwaarde en verkrijgt de winkelier hiermee het recht om de tas in te zien.<sup>46</sup> In dat geval komt bij de toegang al een contract tot stand, los van een eventuele koopovereenkomst die daarna nog gesloten kan worden.

Daar waar Houben meent dat de toegang tot de winkel zich nog in de precontractuele fase bevindt, stelt zij dat bij de toegang tot horecagelegenheden wel al een contract tot stand komt, omdat bij de toegang een consumptieverplichting geldt en die wordt door de bezoeker aanvaard bij binnentreden. Ik meen dat die consumptieverplichting dan wel moeten blijken uit de omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld omdat dit kenbaar is gemaakt in een huisreglement.<sup>47</sup> Niettemin meen ik dat doorgaans ook de horecaondernemer bij de openstelling van zijn zaak een aanbod doet om een dienst te verlenen aan een bepaald publiek, bestaande uit bijvoorbeeld vermaak,

<sup>42</sup> Hijma e.a., *supra* noot 39, nr. 72.

<sup>43</sup> Volgt uit artikel 3:37 BW, Hijma e.a., *supra* noot 39, nr. 72.

<sup>44</sup> Hijma e.a., *supra* noot 39, nr. 72 onder a.

<sup>45</sup> Houben, *supra* noot 26, p. 236-237.

<sup>46</sup> Vgl. Commissie gelijke behandeling (CGB) 2005-143, waarbij een tassencontrole leidde tot een (individueel) winkelverbod.

<sup>47</sup> Het is ook denkbaar dat een consumptieverplichting via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan worden aanvaard (artikel 6:2 BW). Daarvoor heb ik geen aanwijzingen kunnen vinden in jurisprudentie.

muziek en drankjes, waarbij bepaalde voorwaarden en huisregels kunnen gelden. Door het naar binnen te gaan, aanvaardt de bezoeker dit aanbod stilzwijgend en komt een overeenkomst tot stand.

De modelprotocollen collectief winkelverbod en collectieve horecaontzegging schrijven voor dat de deelnemende ondernemers in hun huisregels opnemen welke gedragingen ontoelaatbaar zijn en dat het collectieve toegangsverbod als ‘sanctie’ wordt opgelegd bij overtreding. Bij het naar binnen gaan, aanvaardt de bezoeker deze voorwaarden. Als uiteindelijk een winkel- of horecaverbod wordt opgelegd, komt dat neer op contractweigering voor de toekomst en geeft de ondernemer daarmee aan dat zijn openbare aanbod in het vervolg niet meer gericht is tot die specifieke persoon.

Die contractweigering is gefundeerd in de contractsvrijheid, een fundamenteel privaatrechtelijk beginsel dat inhoudt dat een partij de vrijheid heeft om te bepalen met wie zij een overeenkomst sluit en welke inhoud die heeft.<sup>48</sup> Het beginsel houdt mede in de vrijheid om *geen* contract te sluiten met een bepaalde persoon of zelfs de weigering om de precontractuele fase in te gaan met die wederpartij. De ratio van de contractsvrijheid is dat het individu de mogelijkheid heeft zich naar eigen wens in zijn privéleven en in het maatschappelijk verkeer te ontplooien en om daarbij zijn vermogensrechtelijke belangen te behartigen.<sup>49</sup> Dat neemt niet weg dat de contractsvrijheid begrensd is door de rechten van anderen en van de gemeenschap.<sup>50</sup> Aangezien er geen contract tot stand is gekomen, is de onrechtmatige daad ook hier de aangewezen actie om op te komen tegen onrechtmatige contractweigering.<sup>51</sup> De voorwaarden waaronder dit succesvol is, bespreek ik in paragraaf 4.

---

<sup>48</sup> Hijma e.a., *supra* noot 39, nr. 14.

<sup>49</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010/58, sommige schrijvers achten dit van zo groot belang dat gesproken wordt van een ongeschreven grondrecht, bijvoorbeeld A.G. Maris & J.M. Polak, ‘Dient te wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van grondrechten, en zo ja, welke?’, in: *NJ Preadvies*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1969, p. 12 e.v. en E.A. Alkema, ‘Contractsvrijheid als grondrecht; de vrijheid om over grond- en mensenrechten te contracteren of er afstand van te doen’, in: T. Hartlief & C.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 33 e.v.

<sup>50</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010/57: ‘Bij het bepalen van de grenzen van deze vrijheid moet steeds in het oog worden gehouden, dat de mens een sociaal wezen is en dat het burgerlijk recht niet alleen ten doel heeft de regeling en bescherming van de belangen van de enkeling, maar ook die van de gemeenschap. Vandaar de spanning tussen de individuele vrijheid en het algemeen welzijn.’ Vgl. artikel 3:40 BW.

<sup>51</sup> Houben, *supra* noot 26, p. 238. Zie ook: J.J. Nagelkerke, *Contractweigering in het Franse en Nederlandse recht* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1973, hst. 7. Ook als sprake is van een overeenkomst, kan een gedraging worden getoetst aan artikel 6:162 BW indien de weigering van de toegang ook buiten het contract onrechtmatig is, HR 6 mei 1892, W 6183 (Korf/Fhijnbeen); HR 9 december 1955, NJ 1956, 157 m.nt. LEHR (Boogaard/Vesta). Ten aanzien van weigering van de toegang tot publiek toegankelijke plaatsen wordt aan de criteria van artikel 6:162 BW getoetst; zie bv. Rb. Middelburg 29

### 3.4 Tussenbalans

In deze paragraaf heb ik vastgesteld dat het privaatrecht aan een ondernemer mogelijkheden biedt om als een private ordehandhaver op te treden jegens overlastgevende bezoekers, namelijk op grond van het eigendoms- en gebruiksrecht op hun voor het publiek toegankelijke ruimte of op grond van hun contractsvrijheid bij het verlenen van toegang. Het voorkomen van schade en het bewaren van de orde zijn legitieme redenen om met behulp van deze privaatrechtelijke figuren (potentiële) overlastgevers tijdelijk de toegang te ontfeggen. Hoewel een verbod aan het publiek toegankelijke karakter van die plaatsen niet afdoet, zijn de mogelijkheden van een ondernemer niet onbegrensd.

## 4. Onrechtmatigedaadsactie tegen toegangsverbod

De uiterste grenzen van de bevoegdheid om personen de toegang tot voor het publiek toegankelijke plaatsen te ontfeggen worden – ongeacht of dit op basis van het huisrecht of de contractsvrijheid gebeurt – gevormd door de onrechtmatige daad, als in artikel 6:162 lid 2 BW. De onrechtmatigheid kan schuilen in een ongerechtvaardigde aantasting van grondrechten dan wel achterliggende rechtsbeginselen.<sup>52</sup> In deze paragraaf besteed ik eerst in §4.1 aandacht aan de procedures waarmee de rechtmatigheid van het verbod kan worden getoetst. Daarna zal ik ingaan op de doorwerking van een aantal grondrechten in de privaatrechtelijke verhoudingen: het recht op gelijke behandeling (§4.2), het recht op privacy (§4.3) en de betekenis van de bewegingsvrijheid en andere belangen met een publiek karakter (§4.4).

### 4.1 Procedures tegen onrechtmatige winkel- en horecaverboden

Als een overlastgever een winkel- of horecaverbod krijgt opgelegd en hij is van mening dat dit onrechtmatig is, staan hem verschillende procedures ter beschikking om de rechtmatigheid van het verbod te laten toetsen. Daarbij is van belang om op te merken dat de publiekrechtelijke bezwaar- en beroepsprocedure *niet* van toepassing is. Bij de collectieve winkel- en horecaontzegging werken de ondernemers weliswaar actief samen met de lokale overheid, maar de ontzegging wordt opgelegd door de ondernemer en niet door een bestuursorgaan en kan daarom volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

---

maart 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK9255; Rb. 's-Hertogenbosch (k.g.) 19 februari 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AO4207.

<sup>52</sup> J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

niet gelden als een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Algemene wet bestuursrecht.<sup>53</sup>

De eerst aangewezen procedure voor een geweigerde persoon om op te komen tegen een collectief toegangsverbod is een klachtenprocedure die is voorzien in de modelprotocollen. De betrokkene kan een klacht indienen bij een speciaal hiertoe ingestelde klachtencommissie. Bij de collectieve horecaontzegging bestaat die klachtencommissie uit een vertegenwoordiger van de lokale afdeling van de KHN, een politieambtenaar en een gemeenteambtenaar.<sup>54</sup> Bezwaren tegen de collectieve winkelontzegging kunnen in eerste instantie bij de ondernemersvereniging worden ingediend, en daarna nog bij een commissie van het HBD, die onafhankelijk is van de ondernemersvereniging.<sup>55</sup> Uit de modelprotocollen blijkt niet waaraan en op welke wijze de klachtencommissies het toegangsverbod toetsen. Dat is naar mijn mening een gemis, omdat het afbreuk doet aan de voorzienbaarheid van de procedure. Een mogelijke uitkomst van de procedure is de opheffing van het verbod en verwijdering van de gegevens uit de database.

Hoewel de modelprotocollen voorschrijven dat de schijn van belangenverstrengeling moet worden voorkomen, meen ik dat zolang de lokale klachtencommissie bestaat uit personen die ook partij zijn bij het protocol niet gesproken kan worden van een onafhankelijke commissie.<sup>56</sup> De Nationale ombudsman achtte bovendien de sterke betrokkenheid van de politie in de klachtenprocedure bij de collectieve horecaontzegging Zwolle zelfs onbehoorlijk, omdat een dergelijke overheidsbemoeienis niet past bij de aard van de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen de horecaondernemers en de betrokkene.<sup>57</sup>

In de tweede plaats kan een betrokkene een klacht instellen bij het College voor de Rechten van de Mens (CRM) als hij zich gediscrimineerd voelt en vermoedt dat sprake is van ongelijke behandeling.<sup>58</sup> Het CRM toetst de gedraging van de ondernemer – het toegangsverbod – aan de gelijke behandelingswetgeving, waaronder de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). De procedure bij het CRM wordt gewaardeerd als een laagdrempelige

---

<sup>53</sup> ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2473, r.o. 4.1.

<sup>54</sup> Artikel 7 modelprotocol collectief winkelverbod.

<sup>55</sup> Modelprotocol collectieve horecaontzegging, p. 9 en bijlage 5.

<sup>56</sup> Zo wijzen Wesselink, Schuilenburg & Van Calster op onduidelijkheden in de klachtenprocedure zoals die in Den Haag gehanteerd werd: zij betwijfelen of de ondernemersvereniging, die nauw betrokken was met de uitvoering van het covenant, wel als een onafhankelijke instantie beschouwd kan worden. Bovendien was de klachtenprocedure alleen in het Nederlands beschikbaar, terwijl een deel van de ontzeggingen aan Oost-Europeaanen werd opgelegd. Wesselink, Schuilenburg & Van Calster, *supra* noot 1, p. 74.

<sup>57</sup> No 2011/330, p. 8.

<sup>58</sup> Het CRM heeft sinds 2 oktober 2012 de taken van de Commissie gelijke behandeling overgenomen.



manier om een oordeel te krijgen over gedragingen in het horizontale rechtsverkeer, maar het oordeel van het CRM is niet bindend en laat onverlet dat een getroffene zich ook of daarna tot de burgerlijke rechter kan wenden.<sup>59</sup>

In de derde plaats bevat de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) diverse bepalingen op grond waarvan een betrokkene een verzoek kan doen tot inzage, verbetering, aanvulling, verwijdering of afscherming van zijn persoonsgegevens.<sup>60</sup> Dat verzoek moet in eerste instantie worden gericht aan de verantwoordelijke verwerker of de eerder genoemde klachtencommissie. Als zijn verzoek niet wordt gehonoreerd, kan de betrokkene daarna op grond van artikel 46 Wbp een verzoekschrift indienen bij de burgerlijke rechter. Die zal het verzoek beoordelen aan de hand van de Wet bescherming persoonsgegevens en aansluiting zoeken bij het leerstuk van de onrechtmatige daad.<sup>61</sup>

Ten slotte kan op grond van artikel 6:162 BW een actie uit onrechtmatige daad worden ingesteld als de betrokkene van mening is dat de gedraging van de ondernemer jegens hem inbreuk op een recht maakt of in strijd is met een wettelijke plicht of de maatschappelijke zorgvuldigheid.<sup>62</sup> De burgerlijke rechter kan bij de beoordeling van de rechtmatigheid toetsen aan grondrechten. Deze vorm van horizontale werking is bij de herziening van de Grondwet in 1983 uitdrukkelijk erkend.<sup>63</sup> Een grondrecht kan (mede) gericht zijn tot de rechter die het moet betrekken bij de interpretatie van privaatrechtelijke regels of begrippen, zoals bij de beoordeling of sprake is van een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW.<sup>64</sup> Als ook aan de andere criteria van de artikelen 6:162 en 6:163 BW is voldaan – causaal verband en relativiteit – kan

<sup>59</sup> Als het CRM oordeelt dat een gedraging in strijd is met de Algemene wet gelijke behandeling, kan zij ook zelf in rechte bij de burgerlijke rechter vorderen dat de gedraging onrechtmatig wordt verklaard, wordt verboden of dat een bevel wordt gegeven om de gevolgen van die gedraging ongedaan te maken (artikel 13 Wet College voor de Rechten van de Mens). Daarvan is niet eerder gebruik gemaakt, *Kamerstukken II* 2009/10, 32 467, nr. 3, p. 31.

<sup>60</sup> Artikel 36, 30 lid 3, 35, 38, 40 of 41 Wbp. Eventueel kan het CBP ook bestuursrechtelijk handhaven en onrechtmatige gegevensverwerking is eveneens strafbaar (artikel 75 Wbp), maar daar wordt alleen gebruik van gemaakt bij structurele onrechtmatige verwerking en in beginsel niet in individuele gevallen, <www.cpbweb.nl>, laatst geraadpleegd 1 februari 2014, en artikel 3.1. Beleidsregels Handhaving door het CBP, *Stcr.* 2011, 1916.

<sup>61</sup> *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 14-15, 26 en 77-78.

<sup>62</sup> Recentelijk heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak bevestigd dat de privaatrechtelijke weg de aangewezen weg van rechtsbescherming is in geval van een collectieve horecaontzegging, ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2473, r.o. 4.1.

<sup>63</sup> *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15-16. A.L. Nieuwenhuis & A.W. Hins, *Hoofdstukken Grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 175. Zie uitgebreid: R. Nehmelman & C.W. Noorlander, *Horizontale werking van grondrechten. Over een leerstuk in ontwikkeling*, Deventer: Kluwer 2013.

<sup>64</sup> Dat geldt ook voor fundamentele rechten die in het EVRM worden gewaarborgd. Emaus, *supra* noot 52, p. 316 e.v.

de rechter bevelen tot opheffing van het toegangsverbod, verwijdering van de gegevens uit de database en/of het vergoeden van de geleden schade.<sup>65</sup>

Vorderingen uit onrechtmatige daad tegen een collectief toegangsverbod zijn tot nu toe zelden ingesteld. Ik meen dat dit in de eerste plaats samenhangt met de tijdelijke aard van de toegangsverboden. Zo laat een uitspraak van de Rechtbank Middelburg zien dat een vordering op grond van de onrechtmatige daad weinig succes heeft als de termijn van de collectieve horecaontzegging al is verstreken, omdat dan geen procesbelang meer bestaat bij een bevel tot opheffing van de ontzegging.<sup>66</sup>

Een tweede mogelijke verklaring voor het uitblijven van civielrechtelijke procedures hierover is dat de ontzegging veelal wordt opgelegd aan jongeren en veelplegers die stelselmatig de fout ingaan. Deze groepen hebben minder financiële middelen om te procederen. Er bestaat geen recht op toevoeging voor rechtsbijstand voor zaken die de vrijetijdsbesteding betreffen, zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak overwogen inzake een verzoek om toevoeging om bij de burgerlijke rechter tegen een privaatrechtelijk stadionverbod op te komen.<sup>67</sup> Hoge kosten worden door burgers ervaren als een drempel en maken de gang naar de burgerlijke rechter minder aantrekkelijk.<sup>68</sup>

De klachtenprocedure die in de convenanten wordt geregeld, is wel laagdrempelig en kost de betrokkene geen geld. Het is echter onbekend hoe vaak personen die geconfronteerd worden met een collectief toegangsverbod hiervan gebruikmaken, welke toetsingsmaatstaf de commissies gebruiken en met welk resultaat, omdat de uitspraken niet openbaar worden gemaakt.<sup>69</sup> Zodoende is onduidelijk of de zorgvuldigheid van de klachtenprocedure vergelijkbaar is met de civielrechtelijke procedure.

#### **4.2 Onrechtmatigheid wegens ongelijke behandeling**

Een collectieve winkel- of horecaontzegging heeft tot gevolg dat een persoon diensten en/of goederen niet meer kan afnemen. Burgers hebben echter recht op

---

<sup>65</sup> Artikel 6:168 BW.

<sup>66</sup> Rb. Middelburg 29 maart 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK9255. Eiseres voerde reputatieschade aan, maar dat werd niet aanvaard door de rechter.

<sup>67</sup> ABRvS 18 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1839, *JB* 2012, 199. Overigens bestaat voor de publiekrechtelijke gebiedsverboden die de burgemeester oplegt wel recht op toevoeging voor rechtsbijstand, vgl. ABRvS 18 december 2013, 201303135/1/A3.

<sup>68</sup> Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), *Burgerrechter behandelt minder zaken*, <[www.cbs.nl](http://www.cbs.nl)>, thema veiligheid en recht, laatst geraadpleegd 1 februari 2014. Het CBS ziet de verhoging van het griffierecht in 2010 als verklaring voor de afname van het aantal dagvaardingen in de periode 2010-2013.

<sup>69</sup> In een aantal evaluaties worden wel cijfers genoemd en algemene indrukken van de klachtenprocedure, bijvoorbeeld KHN Nederland, afdeling Utrecht, *Evaluatie Werkwijze Collectieve Horeca Ontzeggingen Binnenstad Utrecht*, <[www.hetccv.nl](http://www.hetccv.nl)>, dossier uitgaansgeweld, laatst geraadpleegd 1 februari 2014.

gelijk behandeling op grond van artikel 1 Grondwet (Gw) zoals nader geregeld in de Algemene wet gelijke behandeling.<sup>70</sup> Het is de vraag in hoeverre de horecaondernemer of winkelier in het horizontale rechtsverkeer met de uitreiking van een toegangsverbod inbreuk maakt op het recht op gelijke behandeling.

Met de Algemene wet gelijke behandeling heeft de wetgever beoogd de horizontale werking van het recht op gelijke behandeling nader te regelen, en dit niet over te laten aan de rechter bij de invulling van open normen in het privaatrecht of in een belangenafweging.<sup>71</sup> In de uitoefening van een bedrijf mogen ook particulieren volgens artikel 7 lid 1 onderdeel a AWGB geen onderscheid maken op grond van de in die wet erkende discriminatiegronden. Bij het verlenen van de toegang tot goederen of diensten, zoals in winkels en horecagelegenheden gebeurt, moet de ondernemer zich aan dit voorschrift houden. Verboden onderscheid levert een onrechtmatige daad op wegens schending van een recht. Indien is voldaan aan ook de andere eisen van artikel 6:162 BW kan de rechter het verbod onrechtmatig verklaren en is de ondernemer aansprakelijk voor de daardoor geleden schade. Ook kan de rechter een vordering tot een verbod voor de toekomst toewijzen.<sup>72</sup>

Artikel 1 lid 1 onderdeel b AWGB somt de gronden op waarin sprake is van onderscheid: godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Zowel direct als indirect onderscheid zijn in beginsel verboden. Als een bepaald kenmerk de onmiddellijke aanleiding vormt voor ongelijke behandeling, is sprake van *direct* onderscheid. Het weigeren van bepaalde bevolkingsgroepen, omdat in het verleden door bezoekers met die afkomst overlast is veroorzaakt, is bijvoorbeeld geoordeeld als verboden direct onderscheid.<sup>73</sup> Beleid waarin specifieke personen tijdelijk geweigerd worden, om op dat moment oververtegenwoordiging van bepaalde bevolkingsgroepen te voorkomen, is evenzeer ontoelaatbaar.<sup>74</sup> De maatstaf die de ondernemers hanteren bij de oplegging van de collectieve winkel- of horecaontzegging is echter het overlastgevend gedrag van een specifieke persoon. Zolang dit op individuele

<sup>70</sup> Ook: artikel 14 EVRM. Gezien de specifieke nadere regeling in de Algemene wet gelijke behandeling zal ik de betekenis van artikel 14 EVRM niet bespreken.

<sup>71</sup> Nieuwenhuis & Hins, *supra* noot 63, p. 178. Zie uitgebreid: Nehmelman & Noorlander, *supra* noot 63, hst. 7.

<sup>72</sup> *Kamerstukken II* 1991/92, 22 014, nr. 5, p. 8-9. Zie ook: implementatie van richtlijnen inzake gelijke behandeling, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 187, nr. 1, p. 8 en p. 19. Daarnaast is discriminatie in de uitoefening van een beroep of bedrijf strafbaar gesteld in artikel 429quater WvSr.

<sup>73</sup> Hof 's-Hertogenbosch 22 september 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AY8700, *NJFS* 2006, 300.

<sup>74</sup> CGB 2000-84, overweging 4.8, verwijzing naar HR 24 november 1981, *NJ* 1982, 177 (*Cartouche*).

grondslag plaatsvindt, wordt in beginsel geen direct onderscheid gemaakt. Bijzondere omstandigheden kunnen maken dat dit anders ligt.

Bij *indirect* onderscheid wordt volgens artikel 1 lid 1 onderdeel c AWGB een ogenschijnlijk neutrale maatstaf gebruikt, die mensen met bepaalde kenmerken in het bijzonder treft. De collectieve ontzegging wordt aan een individu opgelegd op basis van zijn gedragingen in het verleden en is daarmee ogenschijnlijk neutraal. Echter, ook voor dergelijke individuele toegangsverboden moet de ondernemer wel een inzichtelijke, controleerbare en systematische procedure inrichten, om de schijn van willekeur te voorkomen.<sup>75</sup>

Ten aanzien van toegangsverboden opgelegd aan individuele overlastgevers geldt dat als die overlastgever een vermoeden van onderscheid aannemelijk kan maken, het aan de ondernemer is om dit vermoeden te weerleggen. Zo moet de ondernemer wel kunnen bewijzen welk veiligheidsrisico uitgaat van die persoon.<sup>76</sup> Kan hij dat niet, dan staat vervolgens ter beoordeling of het indirecte onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en of het middel passend en noodzakelijk is, zo is neergelegd in artikel 2 lid 1 AWGB. Het trekken van een niet-overlastgevend publiek is wel aanvaard als een legitiem doel en toelaatbaar, mits het onderscheid geschikt is om dat doel te bereiken.<sup>77</sup>

De collectieve horecaontzegging is een vorm van deurbeleid dat het horecaondernemers makkelijker maakt te selecteren in hun publiek. In de modelprotocollen wordt echter geen aandacht besteed aan het voorkomen van een discriminatoir toegangsbeleid bij de uitvoering van de collectieve winkel- en horecaontzegging, terwijl vooral discriminatie bij het deurbeleid in de horeca een terugkerend thema is in de oordelen van het CRM.<sup>78</sup> Bij de uitvoering van het collectieve toegangsverbod moet voorkomen worden dat willekeur ontstaat. Als allochtone overlastgevers bij de minste overlast een verbod krijgen, terwijl dat bij autochtone bezoekers niet zo strikt gebeurt, dan is dat in strijd met het

---

<sup>75</sup> CGB 2000-84, overweging 4.10. In deze zaak ging het om een vaste-klientenbeleid, maar niet duidelijk was hoe men vaste klant kon worden en ook werd het beleid niet consequent uitgevoerd.

<sup>76</sup> CGB 2005-143. De Ethiopische klant was de enige klant met een gekleurde huidskleur en de enige klant die werd gecontroleerd op winkeldiefstal. Bovendien kon de ondernemer niet bewijzen dat de getroffen klant daadwerkelijk diefstal gepleegd had, waardoor het vermoeden van verboden onderscheid naar ras niet kon worden weerlegd. De CGB oordeelde verboden onderscheid naar ras, P.R. Rodrigues, 'Oordelen Commissie Gelijke Behandeling 2005', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2006, afl. 6, p. 198.

<sup>77</sup> CGB 2004-112. Een hoofddekselverbod was niet geschikt om stijlvoller en ouder publiek te trekken. Zie ook: CGB 2004-129. Rodrigues wijst op het spanningsveld tussen veiligheid en een open-deurbeleid in de horeca, Rodrigues, *supra* noot 76, p. 196.

<sup>78</sup> M. Davidović, & P.R. Rodrigues, 'Gelijke behandeling en het College voor de Rechten van de Mens (Kroniek 2012)', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2013-5, p. 221-222.

recht op gelijke behandeling. De modelprotocollen benoemen dit niet als mogelijk gevaar, laat staan dat extra waarborgen worden gecreëerd voor de voorkoming van deze praktijken.

Horecabezoekers kunnen bij de uitvoering van de collectieve winkel- of horecaontzegging ook ongelijke behandeling ervaren die niet te herleiden is tot de in artikel 1 AWGB genoemde gronden, bijvoorbeeld omdat bij vergelijkbare overlast één persoon wel een verbod krijgt en een ander niet, zonder dat een discriminatoire grond is aan te wijzen. Op deze situaties is de Algemene wet gelijke behandeling niet van toepassing.<sup>79</sup> Het is wel denkbaar in zo'n geval strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid aan te voeren, hoewel het nog maar de vraag is of het *niet* opleggen van een verbod aan een vergelijkbaar geval onrechtmatig is jegens de persoon die *wel* een verbod kreeg.<sup>80</sup> Artikel 1 Grondwet vermeldt wel dat ongelijke behandeling van gelijke gevallen 'op welke grond dan ook' niet is toegestaan, maar dat is primair gericht tot de overheid. Het is burgers dan ook in beginsel toegestaan om willekeurig rechtsbetrekkingen aan te gaan of dat te weigeren, bijvoorbeeld op basis van het huisrecht en de contractsvrijheid.

#### **4.3 Onrechtmatigheid wegens privacyschending**

De modelprotocollen die de KHN en HBD hebben opgesteld, zijn in grote mate gericht op de gegevensverzameling en -uitwisseling die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de collectieve winkel- en horecaontzegging. Het is de vraag hoe deze gegevensverwerking zich verdraagt met het recht op privacy in artikel 10 Gw.<sup>81</sup>

Voor de bescherming van persoonsgegevens heeft de wetgever in de Wet bescherming persoonsgegevens nadere regels gesteld en daarmee is beoogd dit aspect van het recht op privacy horizontale werking te geven.<sup>82</sup> Op basis van artikel 1 onderdeel d Wbp geldt namelijk dat de regels in de Wet bescherming persoonsgegevens ook door private partijen in acht moeten worden genomen als zij persoonsgegevens verwerken.<sup>83</sup> Het collectieve toegangsverbod valt onder

<sup>79</sup> Nieuwenhuis & Hins, *supra* noot 63, p. 178.

<sup>80</sup> Het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW schrijft immers voor dat aansprakelijkheid voor de schade alleen kan bestaan als de geschonden norm strekt tot bescherming tegen schade zoals de benadeelde die heeft geleden, HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568 (*Beukers/Dorenbos*).

<sup>81</sup> Ook: artikel 8 EVRM. Gezien de specifieke nadere regeling in de Wet bescherming persoonsgegevens zal ik de betekenis van artikel 8 EVRM niet bespreken.

<sup>82</sup> *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 42. Nehmelman & Noorlander, *supra* noot 63, p. 286-288, zie hst. 11 voor horizontale werking van andere facetten van het recht op persoonlijke levenssfeer.

<sup>83</sup> Artikel 1 sub d beschouwt als verantwoordelijke: 'de natuurlijke persoon, rechtspersoon of ieder ander die of het bestuursorgaan dat, alleen of tezamen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt.'

het bereik van de Wet bescherming persoonsgegevens, omdat ondernemers NAW-gegevens en beeldmateriaal opslaan en delen waarmee een natuurlijke persoon identificeerbaar is.<sup>84</sup> Toekomstige identificatie van overlastgevers is zelfs het doel van de verwerking.

Op basis van artikel 8 onderdeel f Wbp mogen de ondernemers persoonsgegevens verwerken zonder toestemming van de betrokkene indien dit noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke, tenzij het belang van de betrokkene, in het bijzonder het recht op privacy, prevaleert.<sup>85</sup> Bij het collectieve toegangsverbod kan een horecaondernemer of een winkelier zich beroepen op zijn belang van het voorkomen van schade en het belang van de orde in zijn voor het publiek toegankelijke plaats. Hoewel de ondernemer belang heeft bij de gegevensverwerking, heeft de betrokkene recht op verzet, op grond van artikel 40 Wbp, waarbij hij persoonlijke omstandigheden kan aanvoeren om aan te tonen dat zijn belang bij de persoonlijke levenssfeer moet prevaleren boven het belang van de ondernemer.

De door de ondernemers bijgehouden database stelt die ondernemers in staat de toegang te weigeren aan specifieke personen. Het CBP noemt een dergelijke gegevensverwerking ook wel een zwarte lijst: 'een waarschuwings- of signaleringslijst waarop personen staan vermeld met wie een bedrijf, organisatie of instelling (tijdelijk) geen zaken wil doen, of alleen onder nadere voorwaarden.'<sup>86</sup>

Er kan onderscheid worden gemaakt tussen een *interne* zwarte lijst die wordt bijgehouden door een ondernemer voor zichzelf en een *externe* of *gemeenschappelijke* zwarte lijst, onderhouden tussen ondernemers in dezelfde branche.<sup>87</sup> Het collectieve toegangsverbod is dus gebaseerd op gegevens van een externe zwarte lijst. Andere voorbeelden van zwarte lijsten die tot gevolg hebben dat individuele personen bepaalde diensten niet meer kunnen afnemen,

<sup>84</sup> Artikel 1 sub a Wbp verstaat onder een persoonsgegeven: 'elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon.' *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 45-50.

<sup>85</sup> De Wbp vereist verder dat de betrokkene op de hoogte wordt gesteld van de gegevensverwerking (artikel 33 en 34 Wbp) en dat gebeurt feitelijk ook door uitreiking van de ontzegging op schrift. Om misbruik van persoonsgegevens te voorkomen, heeft een betrokkene op grond van artikel 35 Wbp recht op inzage van de verwerkte gegevens. Indien er foutieve of onvolledige gegevens zijn opgenomen, kan hij vervolgens een verzoek doen tot verbetering, aanvulling of verwijdering (hst. 6 Wbp).

<sup>86</sup> Themadossier zwarte lijsten op [www.cbpweb.nl](http://www.cbpweb.nl) en A.F. Rommelse, *Zwarte lijsten. Belangen en effecten van waarschuwingssystemen*, Rijswijk: Registratiekamer 1995, p. 9-10 (thans nog beschouwd door het CBP als theoretische onderbouwing van hun checklist voor zwarte lijsten). J.C.C. Kabel, 'Handelsinformatiebureaus, particuliere onderzoeksbureaus en zwarte lijsten', in: J.M.A. Berkvens & J.E.J. Prins, *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 2007, p. 227 en 248.

<sup>87</sup> Rommelse, *supra* noot 86, p. 1.

zijn lijsten van fraudeurs bij financiële instellingen, wanbetalers bij voertuigenverhuurders, frauderend personeel in de detailhandel, ongewenste hotelgasten en malafide huiseigenaren en verhuurders.<sup>88</sup>

De Wet bescherming persoonsgegevens kent geen aparte regeling voor zwarte lijsten en het CBP stelt dat op zwarte lijsten in beginsel hetzelfde regime van toepassing is als dat wat geldt voor een eenvoudige gegevensverwerking: verwerking moet in overeenstemming met de Wet bescherming persoonsgegevens geschieden, met een gerechtvaardigd doel, waarbij de verwerking noodzakelijk is om dit doel te bereiken, en de verwerker moet aannemelijk maken waarom zijn belang zwaarder zou moeten wegen dan het belang van de betrokkene.<sup>89</sup>

Een dergelijke belangenafweging brengt met zich dat voor externe zwarte lijsten een zwaarwegend belang van de ondernemer wordt vereist en meer waarborgen moeten worden ingesteld dan voor een interne zwarte lijst. Een externe zwarte lijst wordt immers geraadpleegd door meer ondernemers in dezelfde branche en de als de betrokkene in de toekomst wordt uitgesloten door al die ondernemers, heeft dat verstrekken gevolgen voor de toegang tot bepaalde goederen en diensten.

Dit uitgangspunt is inzake zwarte lijsten omtrent malafide huisjesmelkers ook door de Afdeling bestuursrechtspraak bevestigd.<sup>90</sup> De Afdeling acht die lijst in strijd met de Wbp om twee redenen.<sup>91</sup> Ten eerste waren de criteria om op de lijst geplaatst te worden niet duidelijk omschreven in het convenant, terwijl plaatsing op de zwarte lijst verstrekken, negatieve gevolgen heeft voor een betrokkene, namelijk te boek komen te staan als malafide. Ten tweede werd onvoldoende gewaarborgd dat onbevoegden geen toegang zouden krijgen tot de gegevens, omdat de deelnemende actoren niet nader omschreven werden. Het tot stand brengen van een zwarte lijst is dus in beginsel toelaatbaar, tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen.<sup>92</sup>

De eerder aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Middelburg inzake een vordering tot opheffing van een collectieve horecaontzegging illustreert in aanvulling hierop dat een onduidelijke kennisgeving eveneens onrechtmatig kan

<sup>88</sup> Dit zijn de getoetste zwarte lijsten, <www.cpbweb.nl>, themadossier zwarte lijsten, laatst geraadpleegd 1 februari 2014.

<sup>89</sup> CBP, *Informatieblad zwarte lijsten*, <www.cbpweb.nl>, themadossier zwarte lijsten, laatst geraadpleegd 1 februari 2014.

<sup>90</sup> ABRvS 4 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA8742, *JB* 2007, 165, m.nt. G. Overkleeft-Verburg (Alijda-project). Ook aan deze zwarte lijst lag een convenant ten grondslag en werkten publieke en private partijen samen.

<sup>91</sup> ABRvS 4 juli 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA8742, *JB* 2007, 165, m.nt. G. Overkleeft-Verburg (Alijda-project), r.o. 2.4.5.

<sup>92</sup> Zie voor meer jurisprudentie: <www.cpbweb.nl>, themadossier zwarte lijsten, laatst geraadpleegd 1 februari 2014.

zijn jegens de betrokkene.<sup>93</sup> Eiseres had een horecaontzegging van een maand opgelegd gekregen voor 27 horecagelegenheden in de gemeente Hulst, nadat ze had gevochten tijdens carnaval. De rechter overweegt dat de maatschappelijke zorgvuldigheid vergt ‘dat bij het besluit duidelijk aangegeven wordt welke feiten en/of omstandigheden hebben geleid tot het opleggen van de ontzegging en welke regel van het reglement, op grond waarvan de toegang kan worden ontzegd, daarmee is overtreden.’ De ondernemer had in het besluit moeten onderbouwen dat sprake was van omstandigheden die zodanig waren dat het redelijkerwijs niet gevegd kan worden dat de betreffende persoon nog langer in de aangesloten gelegenheden toegelaten kan worden. Hoewel in deze uitspraak niet expliciet getoetst wordt aan de Wet bescherming persoonsgegevens, is een dergelijke motivering ook nodig om aan te tonen dat de belangen van de ondernemers bij de verwerking van persoonsgegevens van de betrokkene zwaarder wegen dan het belang van de betrokkene bij het recht op privacy. In deze zaak voerde de eiseres bovendien ook het negatieve karakter van de lijst aan als argument voor schade; zij claimde reputatieschade, maar de rechter stelde vast dat zodanige schade niet was geleden.<sup>94</sup>

Ten slotte is nog van belang voor de impact op de privacy dat ook de politie een bijdrage levert aan de database door het aanleveren van missende gegevens. Persoonsgegevens die de politie verwerkt in het kader van de politietaak, zoals voor de voorkoming van criminaliteit, worden aangemerkt als politiegegevens waarop de Wet politiegegevens van toepassing is.<sup>95</sup> Artikel 20 Wet politiegegevens biedt wel een wettelijke grondslag voor uitwisseling van politiegegevens aan particulieren in het kader van een samenwerkingsverband tussen de politie en andere instanties.<sup>96</sup> Het is toegestaan deze politiegegevens te verstrekken als dit met het oog op een zwaarwegend algemeen belang noodzakelijk is. De bestrijding van winkelcriminaliteit en jeugdcriminaliteit worden in de memorie van toelichting als voorbeelden van algemeen zwaarwegend belang genoemd.<sup>97</sup>

De Nationale ombudsman heeft echter uitdrukkelijk overwogen dat de gegevensuitwisseling geen standaardonderdeel mag uitmaken van een veelpleger-aanpak en stelt dat per concreet geval moet worden bepaald of de belangen van de ondernemers bij het voorkomen van schade opwegen tegen de belangen van de veelpleger bij privacy.<sup>98</sup> De ombudsman oordeelde het

---

<sup>93</sup> Rb. Middelburg 29 maart 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK9255.

<sup>94</sup> Rb. Middelburg 29 maart 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK9255.

<sup>95</sup> Artikel 1 sub a jo. sub b Wet politiegegevens jo. artikel 3 Politiewet 2012.

<sup>96</sup> *Kamerstukken II* 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 77-78.

<sup>97</sup> *Kamerstukken II* 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 77.

<sup>98</sup> No 2009/124, nr. 11. Hiermee lijkt de Nationale ombudsman ervan uit te gaan dat artikel 20 Wet politiegegevens ziet op de verstrekking van de politiegegevens in een individueel geval, terwijl de memorie van toelichting uitgaat van een structureel verband, waarvoor



bovendien problematisch dat het gebied waarbinnen de gegevens werden verspreid steeds werd uitgebreid, terwijl het verstrekken van gegevens aan private partijen als een uiterst middel moet worden beschouwd.<sup>99</sup>

Op basis hiervan meen ik dat voor de belangenafweging bij de gegevensverwerking ten behoeve van een collectief toegangsverbod zwaar gewicht moet worden toegekend aan het privacybelang van de betrokken overlastgever als het gebied waarbinnen zijn gegevens worden verstrekt steeds groter wordt en als de politie als overheidsorgaan actief betrokken is bij de gegevensverzameling.

#### **4.4 Bewegingsvrijheid en andere belangen met een publiek karakter**

Hiervoor is besproken dat voor het recht op gelijke behandeling en het recht op privacy bij gegevensverwerkingen nader regelingen zijn vastgesteld, die de formele wetgever expliciet van toepassing heeft verklaard in de horizontale rechtsverhouding. Daarnaast kunnen andere grondrechten de privaatrechtelijke rechtsverhouding beheersen, waarvan de precieze betekenis en het gewicht op voorhand niet duidelijk zijn.<sup>100</sup> In deze paragraaf beoordeel ik in hoeverre het recht op bewegingsvrijheid door ondernemers gerespecteerd moet worden bij de uitreiking van een collectieve winkel- of horecaontzegging en of er nog andere belangen met een publiek karakter van betekenis zijn voor deze privaatrechtelijke rechtsverhouding.

Artikel 2 Vierde Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (VP EVRM) beschermt het recht van ingezetenen van een staat om zich binnen dat grondgebied vrijelijk te verplaatsen. Het recht op bewegingsvrijheid is niet in de Grondwet opgenomen en daarom worden bewegingsbeperkende overheidsmaatregelen getoetst aan artikel 2 VP EVRM.<sup>101</sup> Gebiedsverboden vallen onder de reikwijdte van het recht op bewegingsvrijheid, ook als dit verbod slechts betrekking heeft op een klein deel van de publieke ruimte.<sup>102</sup> Hoewel het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) het recht op

slechts eenmaal een besluit van de korpsbeheerder mogelijk is, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 327, nr. 3, p. 77-78.

<sup>99</sup> No 2009/124, nr. 12-14.

<sup>100</sup> Emaus, *supra* noot 52, p. 215.

<sup>101</sup> Bij de parlementaire behandeling van de Grondwetsherziening van 1983 is codificatie van het recht op bewegingsvrijheid in de Grondwet wel besproken, *Kamerstukken II* 1978/79, 15 474, nr. 1-2.

<sup>102</sup> EHRM 4 juni 2002, *Gst.* 2003, 39, m.nt. D.E. Bunschoten (*Landvreugd*) inzake verbod om in openbare ruimte te komen, ECRM 22 februari 1995, Appl. 22838/93, *D&R* 1995-80, p. 147-151 (*Van der Dungen*) inzake verbod om nabij een kliniek te komen. J.H. Gerards, 'Bewegingsvrijheid en het recht het land te verlaten', in: J.H. Gerards, *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013, p. 353 en M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging. Openbare-ordehandhaving en de persoonlijke vrijheid* (diss. Utrecht), Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 146-149 en 165, A onder IV.

bewegingsvrijheid bestempelt als een fundamenteel recht voor alle burgers,<sup>103</sup> zijn er ruime beperkingsmogelijkheden gezien de legitieme doelen die in de beperkingsclausule opgesomd staan: handhaving van de openbare orde en de bescherming van de rechten en de vrijheden van anderen.<sup>104</sup>

Ook bij de collectieve winkel- en horecaontzegging wordt een deel van de voor het publiek toegankelijke ruimte afgesloten voor een betrokkene, zij het dat dit door private partijen gebeurt. Uit de tekst van artikel 2 VP EVRM noch de toelichting, noch de rechtspraak wordt duidelijk of ook een recht op bewegingsvrijheid wordt erkend op voor het publiek toegankelijke plaatsen die onder het beheer van een private partij vallen. In de tekst wordt alleen gesproken over grondgebied (*territory*) en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de aanvullende protocollen scheppen primair alleen verplichtingen voor de lidstaten. Het EHRM heeft weliswaar voor een aantal fundamentele rechten een positieve verplichting voor de lidstaten aangenomen, wat betekent dat lidstaten ook de borging van dat recht door middel van wetgeving en rechtspraak in horizontale verhoudingen moeten garanderen, maar dat is tot op heden niet aanvaard voor het recht op bewegingsvrijheid.<sup>105</sup> Gelet hierop zijn er geen aanwijzingen dat het recht op bewegingsvrijheid van artikel 2 VP EVRM horizontale werking heeft. De regering heeft bij de Grondwetsherziening van 1983 wel erkend dat het recht op bewegingsvrijheid meebrengt dat burgers recht op toegang op gelijke voet hebben tot voor het publiek toegankelijke plaatsen, maar dit aspect wordt ook al specifiek gewaarborgd door het recht op gelijke behandeling en de Algemene wet gelijke behandeling.<sup>106</sup>

Emaus echter wijst erop dat in het privaatrecht wel privaatrechtelijke equivalenten van fundamentele rechten aangetroffen kunnen worden en dat er ook buiten de in wetten en verdragen vastgelegde fundamentele rechten beschermingswaardige rechten kunnen bestaan die de privaatrechtelijke

<sup>103</sup> EHRM 22 februari 1994, A-281-A, r.o. 39 (*Raimondo*). De Jong, *supra* noot 102, p. 146.

<sup>104</sup> Artikel 2, derde lid, VP EVRM. Daarnaast is het vierde lid een beperkingsclausule die nog ruimer geformuleerd; in bepaalde omschreven gebieden kunnen beperkingen gelden die (alleen) gerechtvaardigd worden door het *algemeen belang*. In de rechtspraak is nog geen uitwerking gegeven aan deze clausule, J.G.C. Schokkenbroek (bewerkt door J.H. Gerards), 'Vierde Protocol, artikel 2 – Bewegingsvrijheid' in: *EVRM R&C*, aanvulling 82, 8-2008.

<sup>105</sup> J.H. Gerards, *EVRM - algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, hst. 5.

<sup>106</sup> *Kamerstukken II* 1978/79, 15 474, nr. 1-2, p. 10-11. De plaatsen die de regering opsomt – gemeentehuizen, postkantoren en stations – waren destijds wel in beheer van publiekrechtelijke rechtspersonen. Zie ook: De Jong, *supra* noot 102, p. 146-149 en 169-170; Van der Meulen, *supra* noot 20, p. 26-28.

rechtsverhouding beheersen.<sup>107</sup> Zij wijst hierbij ook op bewegingsvrijheid als mogelijk voorbeeld.<sup>108</sup>

De Nederlandse rechter weegt in bepaalde privaatrechtelijke rechtsverhoudingen ook wel degelijk bewegingsvrijheid als belang van één van partijen af tegen de belangen van de ander. Dat gebeurt bijvoorbeeld bij de vordering van een straatverbod op grond van een dreigende onrechtmatige daad.<sup>109</sup> Bij beoordeling van de vordering gaat de rechter na of omvang van het gebied en de duur van het verbod in verhouding staan met de reële dreiging.<sup>110</sup> Het belang bij bewegingsvrijheid wordt dan afgewogen tegen de privacybelangen van de eiser en diens belang bij het voorkomen van schade.<sup>111</sup>

Bij de collectieve winkel- of horecaontzegging zal de ondernemer zijn contractsvrijheid of huisrecht kunnen aanvoeren als rechtvaardiging voor eventuele beperkingen, als ook het belang van andere bezoekers bij orde en veiligheid op voor het publiek toegankelijke plaatsen. Op deze manier werkt het belang bij bewegingsvrijheid wel door in de privaatrechtelijke verhouding. Dat neemt volgens Emaus niet weg dat aan de toepassing van dergelijke rechten in het privaatrecht een bijzondere uitleg moet worden gegeven in de privaatrechtelijke context.<sup>112</sup>

Het belang bij toegang tot winkels en horecagelegenheden is er bovendien niet alleen in gelegen dat een persoon wordt beperkt in zijn bewegingsvrijheid als zodanig, maar dat een betrokkene niet langer gebruik kan maken van *social resources* – noodzakelijke maatschappelijk belangrijke goederen en diensten – die daar worden aangeboden en zo mogelijk beperkt wordt in de ontplooiing van zijn sociale leven. Ook goederen en diensten die niet de eerste levensbehoefte betreffen, zijn van belang voor de *quality of life*.<sup>113</sup>

Het maken en effectueren van onderlinge afspraken tussen concurrerende ondernemers over de weigering van ‘notoire overlastgevers’ is een vorm van

<sup>107</sup> Emaus, *supra* noot 52, p. 214-215. Zie ook: J.M. Smits, ‘Constitutionalisering van het vermogensrecht’, in: *Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 7.

<sup>108</sup> Emaus, *supra* noot 52, p. 215: in §823 van het Duitse Burgerlijk Wetboek (*Bürgerlichen Gesetzbuches*) wordt in het equivalent van de onrechtmatige daad wel bescherming van bewegingsvrijheid gelezen.

<sup>109</sup> L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1992, p. 182 en 264-265. De grondslag is artikel 6:162 BW.

<sup>110</sup> HR 24 mei 1985, *RvdW* 1985, 112 (*Aanrander met de hond*). A. Holwerda, ‘Het straatverbod: onbeperkte toepassing?’, *AA* 1989, jrg. 38, afl. 3, p. 176. Recentelijk straatverbod wegens overlast: Rb. Utrecht (vzr.) 14 maart 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC6701, *WR* 2010, 34.

<sup>111</sup> Soms wordt ook het recht op persoonlijke levenssfeer meegewogen in plaats van bewegingsvrijheid.

<sup>112</sup> Emaus, *supra* noot 52, p. 215. Zo is de toepassing van de beperkingsclausules moeilijk.

<sup>113</sup> Von Hirsch & Shearing, *supra* noot 18, p. 83-84.

machtsuitoefening jegens een individuele potentiële klant met als gevolg dat de betrokken klant in zijn persoonlijke vrijheid beknot wordt.<sup>114</sup> Bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van zo'n afsluiting onderzoekt de rechter of de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm is geschonden.<sup>115</sup> Bij een economische boycot gaat het om de collectieve weigering van leveranciers om een bepaald product te leveren aan een tussenafnemer, terwijl het bij het collectieve toegangsverbod gaat om de collectieve weigering een dienst te verlenen.

Uit het *Methadonbrief*-arrest blijkt bijvoorbeeld dat (het aanzetten tot) een collectieve weigering om een dienst te leveren aan een betrokkene wel een gerechtvaardigd doel moet dienen.<sup>116</sup> Ook uit een recenter arrest betreffende de boycot van een zelfstandige apotheker door een groep huisartsen blijkt dat het belang van de ondernemer bij de boycot in verhouding moet staan tot de schade die de betrokkene dientengevolge lijdt.<sup>117</sup> Een louter financieel belang van de huisartsen was niet voldoende.

Bovendien wordt in de afweging betrokken of de collectieve ontzegging het minst ingrijpende middel is gelet op de gedragingen van de betrokkene.<sup>118</sup> Dit betekent voor het collectieve toegangsverbod dat de belangen van de ondernemers bij de voorkoming van overlast en criminaliteit afgewogen moeten worden tegen het belang van de betrokkene bij bewegingsvrijheid en de toegang tot de voor het publiek toegankelijke plaats. Daarin zal zeker meespelen of er nog vergelijkbare alternatieven beschikbaar blijven, zo blijkt uit een arrest van de Hoge Raad inzake de boycot van een schoonheidssalon.<sup>119</sup> Wel acht ik het aannemelijk dat het belang van de ondernemer bij overlastbestrijding een zwaar gewicht kan worden toegekend, omdat hiermee ook andere bezoekers van die

<sup>114</sup> Vgl. de economische boycot, waarbij een collectieve organisatie met een economische machtspositie tracht leveranciers of afnemers ervan te weerhouden zaken te doen met een bepaalde ondernemer. Rommelse vergelijkt zwarte lijsten met de economische boycot, Rommelse, *supra* noot 86, p. 9-10, vgl. W.J. Slagter, 'Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke boycot', *NJB* 1976, p. 1219-1227. C.J.J.C. van Nispen, *GS Onrechtmatige daad, regeling Boek 6 BW*, aant. 255.

<sup>115</sup> Vgl. HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, *NJ* 2006, 289, m.nt. MRM. Toepassing van dit criterium bij ontzegging uit horecagelegenheid: Rb. 's-Hertogenbosch (k.g.) 19 februari 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AO4207. Ook in de hierna aangehaalde arresten wordt getoetst of de boycot strijd oplevert met de maatschappelijke zorgvuldigheid.

<sup>116</sup> HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 898, m.nt. M. Scheltema, *AB* 1987, 241, m.nt. F.H. van der Burg (*Methadon-brief*).

<sup>117</sup> HR 28 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4127, *NJ* 2007, 523.

<sup>118</sup> HR 28 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4127, *NJ* 2007, 523: de geboycotte apotheker vertoonde weliswaar onprofessioneel gedrag, maar een boycot was buiten proportie.

<sup>119</sup> HR 9 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6241, *NJ* 2007, 597 (*Arubaanse schoonheidssalon*).

voor het publiek toegankelijke plaatsen beschermd worden tegen overlast en schade.<sup>120</sup>

Een dergelijke belangenafweging is ook terug te vinden in de eerder aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Middelburg.<sup>121</sup> Hoewel de rechtbank de ontzegging onrechtmatig achtte wegens een gebrek in de kennisgeving aan betrokkene, oordeelde zij dat de betrokkene geen schade had geleden, omdat de vrouw andere horecagelegenheden binnen de gemeente Hulst en het nabijgelegen Terneuzen wel kon blijven bezoeken. In deze zaak hechtte de rechtbank dus duidelijk waarde aan het feit dat de eiseres nog steeds keuzevrijheid had om die maatschappelijke dienst ergens anders te genieten. In mijn opinie laat deze wel overweging zien dat met *collectieve* winkel- en horecaontzeggingen waarin een zeer aanzienlijk deel van de ondernemers in een bepaald gebied participeert, de grenzen voortvloeiend uit de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm worden opgezocht.

#### 4.5 Tussenbalans

In deze paragraaf heb ik beoordeeld in hoeverre ondernemers het recht op gelijke behandeling, het recht op privacy en belangen bij bewegingsvrijheid en toegang tot *social resources* van (potentiële) klanten moet respecteren. Een toegangsverbod kan in de eerste plaats onrechtmatig zijn als het in strijd is met het recht op gelijke behandeling. Overlastgevend gedrag is een ogenschijnlijk neutraal criterium en daarmee een toelaatbaar selectiecriterium. Het is echter wel een instrument om het publiek bij de ingang te selecteren en vooral in de horeca is discriminatie een reëel probleem.

De modelprotocollen besteden mijns inziens onvoldoende aandacht aan het belang van de gelijke behandelingswetgeving. Uit de Algemene wet gelijke behandeling vloeit voort dat ondernemers hun beleid rond het collectieve toegangsverbod in ieder geval voorzienbaar maken en consequent uitvoeren, zodat schijn van indirect onderscheid voorkomen wordt. Maakt de betrokkene toch dergelijke schijn aannemelijk, dan moet de ondernemer de bewijzen van overlastgevend gedrag kunnen aandragen.

In de tweede plaats kan de gegevensverwerking leiden tot onrechtmatigheid. De betrokkene moet duidelijk worden geïnformeerd over de gegevensverwerking en zijn gegevens mogen alleen worden gebruikt om daadwerkelijk overlast en schade bij de ondernemers te voorkomen. Het vergemakkelijken van het betrappen op heterdaad en het stigmatiseren van betrokkenen zijn geen legitieme doelen. Ook meen ik dat als het gebied waarbinnen zijn gegevens worden verstrekt steeds groter wordt en de politie betrokken is bij de verzameling, het belang bij privacy een groter gewicht moet

---

<sup>120</sup> Zie bijvoorbeeld No. 2009/124, nr. 23.

<sup>121</sup> Rb. Middelburg 29 maart 2009, ECLI:NL:RB MID:2009:BK9255.

worden toegekend. De Nationale ombudsman wijst op het gevaar dat in afzonderlijke gevallen het doel van overlastbestrijding uit het oog wordt verloren en die zorg deel ik.

Ten slotte leidt het collectief toegangsverbod ertoe dat een betrokkene wordt aangetast in zijn bewegingsvrijheid en dat hij wordt afgesloten van bepaalde *social resources*. In de horizontale verhouding moet aan het recht op bewegingsvrijheid een andere uitleg worden gegeven in vergelijking met publiekrechtelijke gebiedsverboden. Maatschappelijke zorgvuldigheid gebiedt hier dat deze subjectieve publieke belangen moeten worden afgewogen tegen de belangen van de ondernemer bij het voorkomen van overlast en schade en de belangen die andere bezoekers hebben bij een ordelijke gang van zaken op voor het publiek toegankelijke plaatsen. Hoewel in de regel geen strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm zal bestaan, concludeer ik wel dat de belangenafweging in het voordeel van de betrokkene kan uitvallen als hij te veel in zijn keuzevrijheid wordt beperkt. Dat zal zich bijvoorbeeld voordoen als op lokaal niveau alle aanbieders van bepaalde goederen of diensten deelnemen in het collectief.

## **5. Conclusie en aanbevelingen voor nader onderzoek**

Het collectieve toegangsverbod dat in de horeca- en winkelbranche wordt gebruikt, is een voorbeeld van een privaatrechtelijk instrument waarmee overlast en criminaliteit in het publieke domein wordt bestreden. De basis voor dit instrument is gelegen in het gebruiksrecht op de ruimte en de contractsvrijheid bij het aanbieden van goederen en diensten. De vraag die in deze bijdrage centraal stond, is in hoeverre ondernemers bij het opleggen van individuele en collectieve toegangsverboden gebonden zijn grondrechten en andere publieke belangen te respecteren.

De grondrechten die bij het collectieve toegangsverbod in het oog springen, zijn het recht op gelijke behandeling, het recht op privacy, het recht op bewegingsvrijheid. Daarnaast speelt een ander belang met een publiek karakter, namelijk het belang dat burgers hebben bij toegang tot maatschappelijk belangrijke goederen en diensten die bijdragen aan hun zelfontplooiing. In navolging van Von Hirsch & Shearing spreek ik van *social resources*. Ik concludeer dat het systeem van de collectieve ontzegging in het algemeen toelaatbaar is tegen de achtergrond van deze grondrechten en publieke belangen, maar dat ondernemers wel minimum waarborgen in acht moeten nemen om onrechtmatigheid in een specifiek geval te voorkomen.

Om gelijke behandeling te waarborgen moeten ondernemers hun beleid rond de collectieve toegangsverboden in ieder geval voorzienbaar maken en consequent uitvoeren. De ondernemer moet kunnen bewijzen dat die specifieke

persoon overlastgevend gedrag heeft vertoond. Ook over de gegevensverwerking moet duidelijke informatievoorziening plaatsvinden en de beperking dient voorts in verhouding te staan met het doel van overlastbestrijding. Tenslotte is beperking van bewegingsvrijheid weliswaar geoorloofd gezien de belangen van de ondernemers en het overige publiek bij het voorkomen van overlast, maar als de betrokkene geen keuzevrijheid meer heeft om die goederen en diensten ergens anders af te nemen dan is dat problematisch en mogelijk maatschappelijk onzorgvuldig. Het is mijns inziens wenselijk dat dergelijke machtsposities voorkomen worden.

Vervolgens rijst de vraag of de betrokkene wel adequate middelen heeft om beschermd te worden tegen inbreuken op zijn rechten. In deze bijdrage is beschreven dat de betrokkene verschillende procedures kan volgen. Het voordeel van de klachtenprocedure die in de modelprotocollen wordt ingesteld is de laagdrempeligheid, maar mijns inziens is er schijn van belangenverstengeling als die commissie bestaat uit deelnemende ondernemers en een bij het modelprotocol betrokken overheidsorgaan. Deze partijen hebben er immers belang bij om bij de minste twijfel een persoon te weigeren. Bovendien is onduidelijk welke toetsingsmaatstaf deze commissies gebruiken om de klachten te beoordelen. Onafhankelijke controle is wel mogelijk via de actie uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter. Deze weg is slechts in een handvol zaken gevolgd. Of zo voldoende controle bestaat voor het handelen van de ondernemers is een relevante vraag die nader onderzoek vraagt.

Wat mijns inziens ook verder onderzoek behoeft, is de participatie van overheidsorganen bij de uitvoering van dit privaatrechtelijk instrument. Hoewel de convenanten voor integrale veiligheid als paddenstoelen uit de grond schieten, is nog weinig bekend over de juridische toelaatbaarheid van dergelijke convenanten.<sup>122</sup> Door middel van convenanten op het terrein van integrale veiligheid mobiliseren overheidsinstanties private partijen voor activiteiten waar zij zelf geen bevoegdheid of capaciteit voor hebben. Dit staat mogelijk op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel.<sup>123</sup> Deze vervolgvragen laten onverlet dat de winkel- en horecaontzegging als privaatrechtelijk instrument van toegevoegde waarde is in de strijd tegen overlast, mits ondernemers rekening houden met fundamentele rechten en belangen van hun klanten en potentiële bezoekers.

---

<sup>122</sup> Zie voor een greep uit de praktijk: H. Boutellier, *Meer dan veilig* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

<sup>123</sup> Rb. Almelo 8 januari 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BK8911.